Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Die Kompilatoren wollen dadurch ſagen, daß auch die actio neg. contraria keineswegs durch die einſeitige Genehmigung des Dominus aufgehoben wird, ſondern nur durch eine beiderſeitige darauf gerichtete Vereinigung [90]).

(Fortſetzung folgt.)

X.

Ueber den Zeitpunkt der Schätzung beim Wertherſatz.

Von

Herrn **Büff**,

Staatsanwalt in Kaſſel.

(Schluß des Aufſatzes Nr. V. im vorigen Hefte.)

Die für den Wertherſatz der Species deducirte Regel ſcheint ausgeſprochen in Fr. 3. de condictione triticiaria. Ulpianus lib. 27. ad edictum [1]).

Gehen wir bei Entwickelung des Inhalts der Stelle vom Unzweifelhaften auf das Zweifelhafte über. So viel ſteht zunächſt feſt, was auch mit unſerer obigen Erörterung übereinſtimmt, wenn Mora eingetreten und nach dieſer die ſchuldige Sache deteriorirt iſt, liberirt ſich der Schuldner nicht einfach durch Zahlung der deteriorirten Sache, vielmehr

90) Kritz a. O. S. 401.

1) In hac actione, si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλατει, secundem Celsum erit spectandum; non enim debet novissimum vitae tempus aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte motifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicesimo halendum aestimationem quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum; quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

hat er für die Verſchlechterung Entſchädigung zu leiſten und dieſe iſt nach der Zeit zu bemeſſen, in welcher die Deterioration ſtatt hatte, d. h. nach der Zeit der Mora vor der Verſchlechterung: Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio. Das in his zeigt deutlich, daß der Juriſt das Gleiche gelten laſſen wollte nicht in Einem, ſondern in einer Mehrzahl von Fällen, und alſo jedenfalls in dem zunächſt vorangehenden Falle des gänzlichen Unterganges. Auch hier ſoll alſo der vorausgegangene Zeitraum der Mora normgebend ſein. In beiden Fällen erſcheint alſo der theilweiſe oder gänzliche Untergang der Sache nicht als ein Moment, nach welchem ſelbſt und zwar präciſe die Schätzung vorzunehmen ſei, ſondern als Endpunkt einer Periode, d. h. einer Reihe einzelner Momente, von denen einer entſcheidend iſt. Der ganze Zeitraum, in welchem die fällig gewordene Forderung nicht gezahlt wird, nicht der erſte Moment der Fälligkeit allein, heißt tempus morae, wie denn außerdem nicht von longior mora die Rede ſein könnte: ne creditoribus longior mora fieret: fr. 1. pr. de success. edicto. Von dem erſten Moment der Fälligkeit an iſt der Schuldner in jedem Moment zur Zahlung verpflichtet und wenn er nicht zahlt, iſt er in Mora, facit moram. Die Verſchuldung des Nichtzahlens iſt in den folgenden Momenten eben ſo von dem Schuldner zu vertreten, wie in dem erſten. Nur ſo aufgefaßt kann der Begriff einer mora purgata gedacht werden, während unter Mora nur deren Eintrittspunkt, ihr erſter Moment verſtanden, mit ſeinem Vorübergehen die Mora ohnehin von ſelbſt aufhörte. — Des gänzlichen oder theilweiſen Untergangs der Sache wird durch das: „Si vero“ im Gegenſatz zu dem vorausgegangenen Falle gedacht, wo es zu einer Condemnation gekommen iſt, ohne daß die Sache unterging. Die correſpondirenden Begriffe ſind hiernach einerſeits das condemnationis tempus, und andererſeits das mortis tempus oder tempus deteriorationis. Wie unter dieſen, wird man ſich alſo auch unter jenem nicht den Moment zu denken haben, nach deſſen Eintritt präciſe die Schätzung

geſchehen ſoll, ſondern nur den Endpunkt der ganzen Periode. Dieſer Endpunkt iſt angegeben, weil über die Dauer des Rechts hinaus eine Schätzung nicht möglich iſt, das Recht aber eben erliſcht mit dem gänzlichen oder theilweiſen Untergang des Objekts, oder mit der Novation, vermöge deren von der Condemnation an ein neues Recht ex indicato dadirt. Dem zufolge ſind die Schlußworte: Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio nicht auf die beiden letztgedachten Fälle zu beſchränken, ſondern als Reſultat der Unterſuchung auf alle vorgetragenen zu beziehen, etwa ſo: In Fällen der vorliegenden Art wird alſo der Zeitraum der Mora für die Schätzung maßgebend ſein. Daß dabei nicht des dies adiectus oder der Litisconteſtation zugleich gedacht wird, erklärt ſich leicht, weil beide, wenn ſonſt keine Mora vorkommt, der Anfangspunkt derſelben ſein werden [2]). Hieran läßt ſich, wie mir ſcheint, beſtätigend anreihen: 9. Fr. 37. mandati. African. lib. VIII. quaest [3]).

Der erſte Theil der Stelle gehört zu den gleich am Anfang dieſer Abhandlung von der Unterſuchung ausgeſchloſſenen Fällen. Wenn der Bürge oder Mandatar für den Mandanten zahlt, erwächſt ihm ein Anſpruch auf Erſatz dieſer Auslage, und zahlt er eine Species, von deren Wiedererſtattung eben weil ſie nur ein Mal vorhanden iſt, nicht die Rede ſein kann, ſo beſteht ſeine Auslage in deren Werth, natürlich zur Zeit der Zahlung, der mithin von Anfang an Schuldobjekt der zwiſchen ihm und dem Mandanten beſtehen-

2) Hierbei die Wahrheit der einſt von den ausgezeichnetſten Juriſten unbezweifelten und ganz neuerlich von Vangerow III. 192 ff. wieder in Schutz genommenen Regel: Dies interpellat pro nomine unterſtellt.

3) Hominem certum pro te dari fide iussi et solvi: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo sulutus sit, non quo agatur, referri debet: et ideo, etiamsi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est. Aliter in stipulatione servatur. Nam tunc id tempus spectatur, quo agitur: nisi forte aut per promissorem steberit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenium neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

den Obligation iſt. Ob die gezahlte Species noch exiſtirt oder nicht, und wie, bleibt natürlich ganz unerheblich. Ganz anders verhält es ſich, wenn die Species aus einer Stipulation und nicht in Natur geliefert wird, und von dieſem Fall handelt der zweite Theil der Stelle. Es iſt dann entweder keine Mora vorhanden und entſcheidet der Zeitpunkt. Der Zeitpunkt der Litisconteſtation (quo agitur) [4]), oder es iſt Mora vorhanden, und dann darf dieſe dem moroſen Theil nicht vortheilhaft ſein, es muß alſo die Periode der Mora entſcheiden und zwar, je nach dem Schuldner oder Gläubiger in Mora ſind, der höchſte oder niedrigſte Werth der Species während jener Periode. — Daß in dieſer Stelle ausdrücklich von einem homo certus die Rede iſt, darf nicht überſehen werden und dürfte keine Zufälligkeit ſein, da in anderen Stellen eben ſo ausdrücklich die geſchuldete Sache als Waare bezeichnet wird, dann aber der Mora und eines Einfluſſes derſelben auf die Entſchädigungsfrage gar keine Erwähnung geſchieht. Ein Beiſpiel hierfür gewährt, außer den oben vorgekommenen, nachſtehende Stelle, auch von African und ihres Gegenſatzes zu 9 halber bis hierher ausgeſetzt:

10. Fr. 22. de O. et A. African. lib. III. quaest. Cum quis in diem mercem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis aestimatio spectanda est, quo solis acceperit.

Hier wird ein Fall unterſtellt, wo Jemand vertragsmäßig eine Waarenforderung, die an einem beſtimmten Zahlungstage fällig war, hatte und ſich für dieſelbe einen Bürgen beſtellen ließ.

Nachdem, was oben zum Fr. 28. de nov. vorgetragen worden und worüber allgemeines Einverſtändniß beſteht, würde dem Hauptſchuldner gegenüber der Werth der Sache in Betracht kommen, den ſie am verabredeten Zahlungstage hatte. Der Bürge kann auch nicht für etwas Anderes haften ſollen, als der Hauptſchuldner, mithin auch nur für dieſen Werth. Gleichwohl ſcheint hier der Tag der Bürg-

4) Das mit dem quo agitur die Litisconteſtation gemeint ſei, nimmt ſchon die Gloſſe ad h. l. an.

ſchaftsleiſtung, dies quo satis acceperit, entſcheiden zu ſollen. Der Sinn dieſer Worte ergibt ſich aber aus Vergleichung mit dem aus demſelben Buch der Quäſtionen des Africanus entnommenen fr. 8. de eo quod certo loco [5]). Beide, wie ſchon Duaren in ſeinem ſyſtematiſchen Commentar über den Titel si certum petatur (opp. p. 894.) und Jac. Labittus (Schüler des Cujacius) in dem usus indicis pandectarum cap. 3. §. 39. (bei Wieling p. 65 ff.) bemerkt haben, wahrſcheinlich zuſammengehörige Stellen, ſollen den Satz beweiſen, daß der Bürge für die Schuld nicht anders hafte, als der Hauptſchuldner: „Ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso debitore, peti debebit“, während neue Obligationsgründe, welche für den Hauptſchuldner neue Obligationen ſchaffen, z. B. Zinsverſprechen, den Bürgen Nichts angehen. In der einen Stelle wird der Satz belegt mit einem Beiſpiel von einer durch einen verabredeten Zahlungsort, in der anderen durch eins von einer durch eine verabredete Zahlungszeit modificirten Forderung. Iſt ein Zahlungsort verabredet und nimmt der Gläubiger, wie er nach fr. 1. de eo quod certo loco kann, Zahlung wo anders in Anſpruch, ſo iſt die Forderung mit Berückſichtigung des Intereſſes zu berechnen, welches bei Beibehaltung des vertragsmäßigen Zahlungsortes ſtatt fand, und hierfür haftet

5) Centum Capuae dari stipulatus fideiussorem accepisti. Ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore peti debebit: id est, ut si alibi, quam Capuae, petantur, arbitraria agi debeat, lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit, eam summam Capuae potius, quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri. Neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est: circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit, eam duntaxat summam, quae petetur, Capuae solutam esse.

der Bürge. War ein Zahlungstag verabredet und der Hauptſchuldner zahlte nicht, ſo haftet der Bürge für die Schuld, wie ſie in dem Augenblicke iſt, wo er Bürge wurde, alſo wenn dies z. B. nach dem Zahlungstag der Fall war, mit Einſchluß der ſeitdem erwachſenen, nicht der ſpäteren Verzugszinſen [6]). In beiden Fällen iſt die Schuld des Bürgen eine von Anfang an ganz beſtimmte und nicht durch das Verhalten des Schuldners in ihrem Betrage veränderliche.

Das aus den Geſetzen deducirte Reſultat der vorſtehenden Erörterung iſt etwa folgendes: Für vertragsmäßige Schulden von Fungibilien wird der Werth nach dem verabredeten Zahlungstage, oder in deſſen Ermangelung nach dem Tage der Litisconteſtation berechnet; bildet dagegen eine Species das Rechtsobject, ſo entſcheidet die Litisconteſtation oder der verabredete Lieferungstag nur, falls keine Mora eingetreten war; in dieſem Falle dagegen der höchſte Werth der Sache während der Periode der Mora und bis zu dem gänzlichen oder theilweiſen Untergang der Sache, bezüglich bis zur Condemnation. Die leitende Idee dafür iſt, dem Gläubiger Erſatz für das ihm (durch die Nichtleiſtung) entzogene Recht zu gewähren.

Demgemäß muß bei Entziehungen des Rechts durch ein Delict (durch ein aggreſſives, nicht wie bei der Contractswidrigkeit nur omiſſives Verhalten) ebenwohl der Moment der Entziehung entſcheiden. Dieſer iſt (von einer gleich hernach zu betrachtenden Ausnahme abgeſehen) nicht eine Reihe von Momenten, ſondern ein einzelner Moment,

---

6) Cujacius und mit ihm Glück, Comm. XIII. 281. unterſtellen eine durch die Bürgſchaftsleiſtung erfolgte Novation der Schuld, und Anton Faber conj. XVI. 10 und de error. pragm. XVI. 6 lieſ't ſtatt quo satis acceperit: non quo satis acceperit. — Donell ad V. O. fr. 59. nr. 2. verſteht unter dem dies, quo satis acceperit den verabredeten Zahlungstag, pro quo satis acceperit. Nach unſerer Auslegung im Text bezieht ſich die Stelle, wie der erſte Theil des fr. 37. mandati und das fr. 28. de novat. auf einen Fall, wo der Werth des Rechts von Anfang an direktes Schuldobject iſt.

den der Begehung des Delicts. Von Bedeutung ist auch noch Fr. 29. de act. rer. amot. Tryphonin. lib. XI. disput [7]), und Fr. 8. §. 1. de condict. furtiva Ulpianus lib. 27. ad edict [8]).

Da der Diebstahl das Eigenthumsrecht nicht aufhebt, sondern den Berechtigten nur in seiner Rechtsausübung hemmt, diese Hemmung aber während der ganzen Zeit statt findet, wo der Dieb nicht restituirt, so ist der Fall einer Rechtsverletzung durch Diebstahl allerdings sehr analog dem durch Contractswidrigkeit herbeigeführten. Beide beruhen in omissivem Verhalten des Verletzenden; beide umfassen darum auch eine ganze Periode, nicht einen einzelnen Moment; wie der Dieb in jedem Moment, wo er zu restituiren unterläßt, in das Eigenthumsrecht an der res corporalis, so greift der morose Schuldner, so lange er das schuldige Object behält, in die res incorporalis, die Forderung, hemmend ein. Ulpian drückt dieß analoge Verhältniß sehr bezeichnend durch: Semper moram fur facere videtur aus; denn moram facere wird sonst nur von dem mit seiner Leistung säumigen Contractsschuldner gesagt. So gilt denn beim Diebstahl ganz derselbe Grundsatz, wie wir ihn oben aus fr. 3. de cond. trit. für Enschädigungen aus Nichtleistung des Contractsschuldners hinsichtlich einer Species deducirten: Ersatzpflicht des höchsten Werthes der gestohlenen Sache während der ganzen Periode der Nichtrestitution. Der analoge Ideengang beider (aus demselben Buch des Ulpianischen Com-

7) Rerum amotarum aestimatio ad tempus, quo amotae sunt, referri debet; nam veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier. Quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur. (Vgl. l. 1. §. 34. de vi et vi armat.) Sed si pluris factae non restituuntur, quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei.

8) Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non literatur. Semper enim moram fur facere videtur.

mentars zum Edict genommenen) Geſetzſtellen verräth ſich auch insbeſondere durch die Art und Weiſe, wie der Deterioration Erwähnung geſchieht, dort: Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum; hier: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. Der Erſatz für Beſchädigungen und der Erſatz für die Sache ſelbſt beruhen auf gleichen Principien, und bei der gleichen Behandlung jener iſt eine gleiche Behandlung dieſer anzunehmen. Die dargelegte gleiche Entwickelung der Idee in beiden Geſetzen iſt übrigens, da ſie ſich in fr. 8. §. 1. de cond. furtiva über den Erſatz des höchſten Werthes ſehr unumwunden und deutlicher als in fr. 3. de cond. tr. ausſpricht, ein weiterer Beleg für die obige Auslegung der letzten Stelle. Man hat zwar das fr. 8. §. 1. cit. für eine aus einem odium furis entſtandene Ausnahme halten wollen. Allein abgeſehen davon, daß ſich die darin vorgetragene Rechtsanſicht gezeigter Maßen mit logiſcher Nothwendigkeit aus der allgemeinen Regel herleiten läßt, würde Ulpian auf den exceptionellen Charakter des Satzes wohl um ſo gewiſſer aufmerkſam gemacht haben, als er die angeblich abweichende Regel in demſelben Buch ſeines Werkes aufgeführt hatte. Gleichwohl enthält das fr. 8. §. 1. cit. auch nicht eine entfernte Andeutung eines anomalen Inhalts, ſo daß man wohl berechtigt iſt, anzunehmen, Ulpian habe ihn nicht für anomal gehalten. In der That anomal iſt dagegen die poſitive Vorſchrift der lex Aquilia in ihrem erſten Kapitel Fr. 2. ad leg Aq. [9]). Gai. lib. VII. ad ed. prov. Das Anomale, wonach der Wertherſatz ſogar nach einer Zeit, berechnet wird, in welcher das Recht noch ganz unverkümmert war, erklärt ſich daraus, daß das Geſetz nicht nur den Entſchädigungspunkt reguliren, ſondern gleichzeitig eine Privatſtrafe gegen den Damnificanten ausſprechen wollte.

9) Lege Aquilia capite primo cavetur: Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecuniam iniuria acciderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.

Von dem Reſultate unſerer Unterſuchung iſt man andererſeits in nachfolgenden Punkten abgewichen:

1) Die Gloſſatoren unterſchieden nicht zwiſchen Quantitäten und Species und wandten Alles, was von der Entſchädigung für verlorne Rechte an letzteren geſagt worden iſt, eben ſo auf jene erſteren an. Durch das ganze Mittelalter hin iſt man ihnen treu geblieben und erſt ſeit Duaren und Donell hat die Unterſcheidung Boden gewonnen. Doch ficht ſie Faber bereits wieder an, wenn er auch im Einzelnen die Unterſchiede wieder zuzugeben ſcheint. Eben ſo bezeichnet v. Savigny die Donell'ſche Unterſcheidung als „ſchwer zu begreifende Meinung" (Syſt. VI. 218. Note d), obwohl auch er §. 277 den Unterſchied nicht verkennt, wenn er ihm auch keinen Einfluß auf die Entſcheidung der Frage vergönnt. Poſitives wird gegen dieſen, wie wir glauben, aus der Natur der Sache und den Geſetzen mit Nothwendigkeit folgenden Einfluß nicht vorgebracht.

2) Seit Alciat wich man von unſerer und der Anſicht der Gloſſatoren in doppelter Hinſicht ab. Zunächſt nahm man das fundamentum divisionis nicht vom Gegenſtand der Rechte, ſondern von der Form ihrer Geltendmachung her. Entweder es werde eine actio stricti iuris angeſtellt und dann entſcheide der Tag der Litisconteſtation, es ſei denn, daß ein Lieferungstag verabredet wäre oder Mora eingetreten ſei. Duaren und Faber laſſen auch die letzte Ausnahme nicht zu. Oder es ſei actione bonae fidei geklagt, dann entſcheide der Tag der Condemnation, wieder jedoch mit den Ausnahmen des dies adjectus und der Mora, und ſo, daß der Werth zur Zeit der Condemnation höher als der zur Zeit der Litisconteſtation ſein müſſe, da ſonſt dieſer gelte. Sodann aber ſoll in den Ausnahmsfällen, wo die Mora entſcheide, nicht der Moment während der ganzen Periode der Mora entſcheiden, in dem die Sache den höchſten Werth hatte (was vielmehr nur ausnahmsweiſe für die condictio furtiva gelte), ſondern der erſte Moment der Mora, ihr Eintrittspunkt.

Gegen beide Abweichungen, von welchen die letztere übrigens nicht eben ſo allgemein geworden iſt als die erſtere, muß unſere Anſicht noch in Schutz genommen werden.

Der erſten Theorie liegt als poſitiver Anhaltspunkt zum Grunde: nach Fr. 3. §. 2 commodati. Ulpian. lib. XVIII. ad edictum [10]). Der Geltendmachung der obigen aus materiellen Rechtsprincipien gefolgerten Rechtsſätze habe die proceſſualiſche Form entgegengeſtanden. Die Inſtruction des Prätors für den Richter habe verſchieden gelautet, bei str. iur. und bei bonae fidei iudicis und wieder verſchieden bei Delictsklagen. Bei stricti iuris actionibus ſoll die Condemnationsformel gelautet haben: Quanti res est, condemna; bei bonae fidei iud. dagegen mit dem Zuſatz ex bona fide: Quanti ea res erit, etc. condemna; und bei Delictsklagen quanti ea res fuit, condemna. So habe denn der Richter bei der erſten Art der Klage nur auf den zur Zeit der Litisconteſtation, wo die Formel gegeben wurde, ſtatt findenden Werth erkennen können, während ihm der Beiſatz ex bona fide und die Formel quanti ea res erit freieren Spielraum gelaſſen, reſp. die Möglichkeit gewährt habe, mehr das materielle Recht und insbeſondere auch den Zeitpunkt der Condemnation im Auge zu behalten [11]).

Ich ſetze dieſer Auffaſſung folgende Bedenken entgegen:

1) Mit der unterſtellten zwingenden Gewalt der Formel ſind die Ausnahmen nicht vereinbar, welche ſelbſt für stricti

---

10) In hac actione, sicut in caeteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricte iuris litis contestatae tempus spectetur.

11) Cuius distinctionis ratio haec est, quia qui agit stricto iudicio, certam rem petit; proinde petitionis tempus spectatur, quod est litiscontestationis. Qui autem agit bonae fidei iudicio, incertam rem petit, nempe quod iudex ex aequo et bono dari vel fieri oportere arbitratus fuerit: proinde tempus arbitrii sive iudicis spectatur, ad quod. confertur petitio actoris. Cuiac. ad fr. 3. §. 3 de act. emti (VII 780). Savigny Syſt. VI. 201 ff.

iur. iudicia von den meiſten [12]) Anhängern der fraglichen Unterſcheidung gemacht werden, wonach ſie nicht zur Anwendung kommen ſoll bei allen Quantitäten überhaupt und bei Species insbeſondere, wenn ein Zahlungstag verabredet oder wenn bereits Mora eingetreten war. Die Formel müßte entweder in ſolchen Fällen anders gefaßt geworden ſein, und dann ſieht man nicht ein, warum man dem materiellen Rechte außerdem durch die Formulirung Gewalt angethan haben ſollte; oder ſie hat in den gedachten Fällen, auch wenn ſie ebenwohl quanti ea res est gelautet hat, für den Richter nicht die zwingende Gewalt gehabt, was wieder unerklärt läßt, warum ſie dieſelbe ſonſt gehabt haben ſoll.

2) Wenn die Formel quanti ea res est bei stricti iur. actionibus den Richter verhinderte, den dem materiellen Recht entſprechenden Werth zuzuerkennen, weil ſie ihn nöthigte, den zur Zeit der Ertheilung der Formel beſtehenden feſt zu halten, ſo würde ihn die Formel quanti ea res erit bei bonae fidei iud., wenn man ſie nicht, wie früher geſchehen, etwa verſtehen will: Wie hoch ſich der Werth nach der vorzunehmenden Schätzung belaufen wird, ſondern ſie mit Savigny auf das tempus condemnationis bezieht, wieder genöthigt haben, nur das letztere zu berückſichtigen, womit denn auch die Worte des fr. 3. §. 2 comm. übereinſtimmen dürften. Dann fiele aber der freiere Spielraum, der für bonae fidei iudicia dem Richter zugeſtanden wird, fort; er wäre in beiden Fällen gleich ſehr an den Wortlaut der Formel gebunden, wenn auch an verſchiedene Zeitpunkte. Savigny Syſt. VI. 201 ff. findet darum den Unterſchied darin, daß bei bonae fidei iudic. dem Beklagten nicht die aus redlichem Bewußtſein hervorgehende Vertheidigung ſeiner An-

12) Duaren (opp. p. 890 ff), Ant. Faber (conj. XVI. 2. de error. pragm. XVI. 1. und Codex def. IV. 2. §§. 7. 8.), Cheſius (de different. iur: c. 50. bei Heinecc. l. c. II. 778 f.) und Mühlenbruch (Lehrb. §. 368) ſchließen wenigſtens bei stricti iur. iudiciis Berückſichtigung der Mora ganz aus.

ſprüche durch eine Art von Strafandrohung erſchwert werden, und daß das freiwillige Nachgeben während der ganzen Dauer des Rechtsſtreits die Freiſprechung bewirken, dieſe Wirkung zu jenem Nachgeben einladen ſollte. Dabei iſt unterſtellt, daß zur Zeit der Condemnation der Werth höher ſei als zur Zeit der Litisconteſtation. Dieſer Umſtand könnte allerdings dazu einladen, durch zeitiges Nachgeben der Nothwendigkeit eines höheren Wertherſatzes vorzubeugen. Allein es ſcheint dann auch dieſer Nothwendigkeit nur der Charakter einer Strafandrohung für den Fall der Fortſetzung des Rechtsſtreits beigelegt werden zu müſſen. Unterſtellt man umgekehrt, daß der Werth zur Zeit der Condemnation geringer iſt als zur Zeit der Litisconteſtation, ſo liegt in der in Ausſicht geſtellten Condemnation freilich keine Strafandrohung, aber um ſo gewiſſer eine Einladung, nicht freiwillig nachzugeben. Oder will man in dieſem letzteren Fall den Richter ermächtigen, den Werth zur Zeit der Litisconteſtation zuzuerkennen, ſo dispenſirt man ihn von der Nöthigung durch die Formel, welche quanti ea res erit lautete, alſo den Moment der Litisconteſtation ausſchloß. Und doch iſt die angebliche Nöthigung durch die Formel der einzige Grund für die Annahme des fraglichen Unterſchiedes.

3) Der Beweis für die angebliche Verſchiedenheit der Formeln iſt, wie v. Savigny anerkennt, bei der großen Armuth an aufbewahrten wirklichen Formeln ſchwierig. Für die Formel bei Delictsklagen, quanti ea res fuit, wird das erſte Kapitel der lex Aquilia angeführt (fr. 2. pr. ad. l. Aq.). Savigny bemerkt ſelbſt, daß im dritten Kapitel (fr. 27. §. 5 ib.) mit Ausnahme Haloanders, welcher fuit lieſt, von allen Editionen erit geleſen werde. Er glaubt die Haloander'ſche Lesart aber außer allen Zweifel geſetzt dadurch, daß in dem Commentar des Juriſten zum Geſetz in fr. 29. §. 7 ib. fuit ſteht. Gleiche Abweichungen in dem Text des Geſetzes und dem Commentar des Juriſten kommen jedoch auch anderwärts vor. So heißt es im Edict des Prätors wider Beſitzſtörungen an Immobilien:

Quanti res erit (fr. 1. pr. uti possid.), im Commentar (fr. 3. §. 11 ib.) quanti res est, sic accipimus. In dem Edict ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit (fr. 1. pr. XXIII. 4.) ſteht: In eum in factum iudicium quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo; im Commentar §. 5 ib. Haec verba quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit. Gelegentlich der actio vi bonorum raptorum (fr. 4. §. 11 h. t.) bemerkt der Juriſt in dem Commentar ſelbſt: Haec autem actio in factum est et datur in duplum, quanti ea res erit; ſetzt aber hinzu: quod ad pretium verum rei refertur et praesentis temporis ſit aestimatio. Für prätoriſche Klagen müßte nach Savigny's Annahme die Formel quanti erit, für Delictsklagen quanti fuit lauten; wir haben vorſtehend zwei prätoriſche Delictsklagen, für welche die Texteworte des Edicts nicht gleichmäßig erit oder fuit, ſondern dort ſo, hier anders lauten und im Commentar des Juriſten wieder anders recitirt werden. In ähnlicher Weiſe verhält es ſich mit den Formeln für act. str. iur. Wider den Bürgen, der für das Erſcheinen des Verklagten Caution geleiſtet hatte und wider den alſo aus der Stipulation geklagt wurde, lautete die Formel quanti ea res erit (fr. 2. §. 5 qui satis dare cogantur); man könnte glauben, deßhalb, weil die Stipulation ſelbſt auf quanti ea res erit gelautet habe (fr. 14 si quis caution. in iud. sisti, fr. 28. de receptis, fr. 1. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit); allein der Ausdruck in der Stipulation ſelbſt wird für unerheblich erklärt: fr. 2. ib.: Etiam si quanti ea res sit, promiserit. Bei dem prätoriſchen Inſtitut der operis novi nuntiatio heißt es fr. 21. §. 4 h. t. Quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit; bei der gleichartigen cautio de damno infecto aber: In eum, qui quid eorum, quae supra scripta sunt, non curaverit, quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur (fr. 4. §. 7 h. t.). Die Formel der Caution ſcheint dagegen quanti ea res erit geweſen zu ſein

(fr. 18. §. 10 ib.) und in fr. 28. eod. heißt es: In hac stipulatione venit, quanti ea res erit. — Die prätoriſchen und dinglichen Klagen ſollen nach Savigny den bonae fidei actionibus gleich mit der Formel quanti ea res erit inſtruirt worden ſein. Gleichwohl heißt es von der actio de dolo fr. 18. h. t. Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est; und bei der rei vindicatio kann der Kläger ſtatt in litem zu ſchwören, vorziehen: quanti res sit adversarium condemnari fr. 71. de R. V. cf. fr. 9. §. ult ad exhib. In fr. 14. pr. quibus ex causis in poss. eatur ſagt Paulus von der verſprochenen prätoriſchen Klage: Si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi datur in eum actio quanti ea res sit. Hiernach dürfte die Savigny'ſche Vorausſetzung ſelbſt zu wenig erweisbar ſein, um Beweisgrund für andere Sätze zu ſein.

4) Weiter kommt hinzu, daß bereits 343 und 428, alſo lange vor Juſtinian, der Formularproceß aufgehoben war (t. t. C. II. 58 de formulis et impetrationibus actionum sublatis.) Waren nun die Abweichungen von den ſonſt leitenden Grundſätzen nur durch die Formeln ernöthigt, ſo hätte Juſtinian Nichts gehindert, mit der Aufhebung der Formeln auch jene Wirkung wegfallen zu laſſen [13]), und man

13) Anders dürfte es ſich z. B. verhalten rückſichtlich der Verzugszinſen bei Condictionen. Die Condiction iſt ein Erzeugniß der Aequitas (fr. 66. de cond. iud. fr. 32. de R. C.), vermöge deren Jemand gezwungen wird, Etwas zurückzugeben, das bereits in ſein Eigenthum übergegangen war. Bei dieſer Nöthigung mußte man ſich beruhigen, und weit verſchieden davon wäre geweſen den Eigenthümer zu obligiren, auch den gehabten Genuß ſeines Eigenthums zu vergüten. Dieſer materielle Grund der Nichtverzinſung blieb für die Condictionen auch nach aufgehobener Verſchiedenheit der Formel und Juſtinian konnte und mußte alſo conſequent die Nichtverzinſung beibehalten, wenn auch der proceſſualiſche Unterſchied weggefallen war. — In dem im Text berührten Fall wird für den prätendirten Unterſchied aber ein materieller Grund gar nicht angeführt.

würde die Aufnahme des fr. 3. §. 2 comm. nur einem Verfahren zuſchreiben können, zumal bei den vielen Ausnahmen, welche zugelaſſen werden, für die Regel kaum noch ein Anwendungsfall übrig bleibt.

5) Endlich ſteht mit der angeblichen Unterſcheidung das fr. 3. de cond. trit. inſofern in Widerſpruch, als darin gerade für eine condictio, alſo ſtrenge Klage, das condemnationis, nicht Litiscontestationis tempus als entſcheidend angeführt wird.

Den anſcheinenden Widerſpruch beider Stellen zu heben, hat man ſich von jeher die größte Mühe gegeben. — Bazentinus († 1192) (Gloſſe z. fr. 3. de cond. tr.) nahm den Sinn des fr. 3. §. 2 commod. wörtlich dahin, daß ohne Unterſchied bei bonae fidei actionibus immer die Zeit der Condemnation, bei str. iur. iudiciis der Moment der Litiskonteſtation entſcheide, und bezog das fr. 3 de cond. trit. eben auf eine actio bonae fidei. Dieſe Anſicht iſt ſpäter, insbeſondere auch von Julius Bacius († 1635) εναντιοφανων cent. 3 quaest. 72 und Voet († 1714) comm. XIII. 3 §. 2 angenommen [14]).

Die condictio trit. iſt aber immer eine act. stricti iuris. Nur in dem weiteſten Sinne des Wortes bedeutet condictio im Gegenſatze zur vindicatio oder dinglichen Klage jede perſönliche Klage; durch den Beiſatz triticaria ſoll dagegen eine Species bezeichnet werden im Gegenſatz zu anderen ſpeziellen Klagen gleicher Natur, die keineswegs alle perſönlichen Klagen befaſſen, da z. B. Eigenthum mit einer Condiktion (den Fall der condictio furtiva ausgenommen) gar nicht zurückgefordert werden kann, und die ausnahmslos

14) Glück, Comm. XII. S. 262. Thibaut Syſt. (ältere Auflage) §. 276 halten die condictio trit. für eine actio adjectitiae qualitatis, Cheſius († 1665) l. c. p. 778 für eine arbitraria, und Unterholzner I. §. 131 glaubt, ſie nehme, auf Spezies gerichtet, die Natur einer arbitraria an.

stricti iuris sind, ja recht eigentlich eine stricti iuris actio bezeichnen [15]).

Irnerius und Hugo († 1108) in der Glosse zum fr. 3 de cond. tr. beziehen dieses auf Species, das fr. 3 §. 2 comm. auf Quantitäten, auf welche der Unterschied zwischen bonae fidei und pr. iur. act. beschränkt bleiben soll [16]). Allein gerade bei Quantitäten dürfte nach dem eben Vorgetragenen eine solche Unterscheidung am unerwartetsten sein, da hier sofort bei eingetretener Preisveränderung nur die Aestimation geschuldet werden kann, und diese sonach (besondere Verabredung ausgenommen) immer nach der Zeit der Litiskontestation bestimmt wird. Die vom Commodat handelnde Gesetzstelle läßt sich auch nur sehr schwierig auf Quantitäten beziehen, und jedenfalls müßte auch hier noch die Beschränkung gelten, daß nicht etwa ein Zahlungstag verabredet sei.

Azo († 1220) bezog das fr. 3 de cond. tr. auf den Fall eines dolus, der die Schätzung bis zum Enderkenntniß hinausschiebe (Glosse ad pr. 3 §. 2 comm.) und berief sich dafür auf pr. 17 §. 1 de R. V., welches aber gar nicht von einer strengen Klage und nicht von der Aestimation, sondern von den Früchten handelt.

Alciat (I. 297) machte für Species, die eigentlich in Natur geleistet werden müßten und noch existirten, aber vom Verklagten in Natur nicht geliefert werden könnten, eine Ausnahme; denn hier müsse gerade der Werth gegeben werden, den die Sache in Natur hätte, wenn der Schuldner im Stande wäre, sie zu geben. Mit dieser freien Behandlung der str. iur. act. wird aber der Grund, warum für sie etwas von der Behandlung freier Klagen Abweichendes gelten soll, das

15) Faber conj. XVI. 4. de error. pragm. XVI. 9. Savigny Syst. V. 462. 503 von der condictio trit. insbesondere V. 577, 622 626.

16) So auch Hotomann a. a. O. (Note 1) I. 16. Merillius († 1647) p. 678. Barclay († 1605) p. 874. Glück XIII. 277 ff. Magnus S. 315. 16.

Gebundenſein des Richters an die Formel wieder aufgehoben, ſo daß die angebliche Ausnahme die ganze Regel gefährdet.

Duaren (S. 843) bezieht die Regel des fr. 3 §. 2 comm. nur auf äußere Preisveränderungen, Viliorationen, für die bei str. iur. act. die Zeit der Litiskonteſtation entſcheiden ſolle; das fr. 3 de cond. tr. handele aber von der Werthveränderung, Melioration und Deterioration, für die jene Regel gar nicht anwendbar ſei. Auch dieſe Unterſcheidung ſcheint unhaltbar. In fr. 3 de cond. tr. wird gefragt, cuius temporis aestimationem recipiat, in fr. 3 §. 2 comm. quanti res sit. An und für ſich umfaſſen beide Ausdrücke daſſelbe geſammte Intereſſe, mag es von dem äußeren Preis oder inneren Werth beſtimmt werden. Auch wird der Ausdruck aestimatio, der nach Duaren den Gegenſatz von Preis bedeuten müßte, in fr. 22 de R. C. und fr. 4 de cond. tr. gerade bei Quantitäten, wo es ſich aber nur um Preisveränderungen handelt, gebraucht, während fr. 3 §. 2 comm. wie das Kommodat regelmäßig Species, alſo vorzugsweiſe Werthveränderung durch Melioration oder Deterioration zum Gegenſtand hat und dafür gerade der Ausdruck quanti res sit anwendet.

Cujacius bezieht das fr. 3 de cond. tr. immer auf den Fall vorausgegangener Mora und das fr. 3 §. 2 comm. auf den entgegengeſetzten, wo eine Mora nicht vorhanden ſei. Dabei bleibt das von Faber hervorgehobene Bedenken zu beſeitigen, daß faſt die ganze Regel zur Ausnahme werde, da kaum ein Fall vorkomme, wo ohne vorgängige Mora eine Litiskonteſtation oder gar Condemnation einträte.

Sehr ſcharfſinnig iſt die Auslegung des fr. 3 de cond. tr. von Anton Faber conj. XVI. 4 und de error. XVI. 10. Ulpian handele von dem Falle, wo Jemand mit der cond. trit. belangt, zur Naturalleiſtung verurtheilt, hernach aber an dieſer verhindert ſei. Hier ſei die Antwort auf die Frage, welcher Werth zu erſetzen ſei? ganz paſſend dahin gegeben: der Werth tempore condemnationis i. e. rei iudicatae (nicht iudicandae). In allen anderen Stellen werde dagegen das

Erkenntniß erſt noch in Ausſicht geſtellt, nicht als vorübergegangen betrachtet, z. B. geſagt cum res iudicaretur, nicht cum res iudicata esset, rei iudicandae, nicht reuii dicatae tempore. Für dieſe Unterſcheidung ſpreche auch, daß ſich in fr. 22 de R. C. und fr. 4 de cond. trit. auf die Autorität von Sabinus und Caſſius, in fr. 3 cit. aber auf die von Servius bezogen werde, während, wenn beide Einen Fall zum Gegenſtand hätten, auch Eine Autorität würde angezogen ſein. Auch ſpreche Ulpian von einer res quae petita est (nicht quae petitur). Unter condemnationis tempus ſei alſo, wenn man nicht auf unzurechtfertigende Konſequenzen kommen wolle, mit fr. 19. de legib. das tempus condemnationis irrogatae, nicht irrogandae zu verſtehen. Unter condemnatio ſchlechtweg laſſe ſich auch viel leichter eine ſchon vorhandene, als eine noch zukünftige Condemnation denken. Sodann ſei das fr. 3 cit. auch wohl die einzige Geſetzſtelle, welche den praktiſch wichtigen und außerdem ganz unbeſprochen gebliebenen Fall behandele, und zwar ſehr gut behandele. Denn bei einmal gegebenem Erkenntniſſe könne von allen früheren Momenten der Litiskonteſtation ꝛc., von dem Unterſchiede zwiſchen bonae fidei und str. iur. actionibus nicht mehr die Rede ſein, auch nicht ein Mal von dem ſonſt nöthigen Unterſchied zwiſchen oblig. pura und die adjecto, deſſen Ulpian außerdem gewiß gedacht hätte. Wenn die Reſtitution in Natur nach dem dazu verurtheilenden Erkenntniſſe durch den Untergang der Sache unmöglich gemacht wurde, entſcheide nun die Zeit des Todes. Ebenſo verhalte es ſich, wenn die Sache ſpäter verſchlechtert werde. Hierbei ſei zu bemerken, daß Ulpian nicht ſage nisi mora facta sit, was nach der Condemnation immer der Fall wäre, ſondern nisi post moram res deterior facta sit; ferner, daß er nicht von jeder Verringerung des Werthes ſpreche, ſondern geradezu von Verſchlechterung der Sache, alſo nicht von Veränderung des äußeren Preiſes, ſondern Veränderung des inneren Sachwerths. — Zur Zeit der Klaſſiker erfolgte jede Condemnation in Geld und konnte darum von dem angeblich allein

in dieser Stelle besprochenen Falle überhaupt nicht wohl die Rede sein. Die Stelle setzt daher, um sie in dem Faber'schen Sinne verstehen zu können, eine Interpolation voraus, die nirgends indicirt wird. Auch würde sich die Stelle in diesem Sinne auf jede res iudicata und jede actio rei iudicatae beziehen, während in derselben doch speciell von in hac actione, d. h. condictione triticaria gesprochen wird. Was Faber hiergegen vorbringt, ist ungenügend. Entweder solle nur angedeutet werden, daß das Erkenntniß in einer Sache erfolgt sei, wo man condictione triticaria geklagt habe, oder die condictio triticaria dauere noch über die res iudicata hinaus fort, und zwar nicht auf pecunia numerata, sondern numeranda oder auch pecunia tanquam illa ipsa res, quae debetur. Die erste Alternative setzt eine völlig unerbebliche Absicht voraus, wenn dasselbe Resultat bei jeder Klage gelten soll; die zweite Alternative steht aber mit der Novation im Widerspruch, die in jeder res iudicata liegt und paßt zudem nicht zu der immer verkommenden Verurtheilung in Geld.

Savigny Syst. VI. 220 glaubt unter condemnationis tempus den Moment verstehen zu dürfen, in welchem die Formel oder Instruktion zur Condemnation dem Richter gegeben werden, also wieder das tempus litiscontestationis. Das Mißliche dieses Erklärungsversuches wird von ihm selbst nicht verkannt, und in der That müßte es sehr auffallen, wenn Ulpian, dem es, die Ansicht Savigny's als wahr unterstellt, gerade um einen Ausdruck im Gegensatz zu dem condemnirenden Erkenntnisse zu thun war, dazu tempus condemnationis gewählt hätte. Savigny versucht dieß minder bedenklich erscheinen zu lassen durch die Annahme der drei verschiedenen Condemnationsformeln, die aus dem täglichen Gebrauch Jedem geläufig gewesen wären. Allein diese Annahme dürfte, wie oben gezeigt worden, selbst sehr problematisch sein, und erklärt auch nicht, wie die Compilatoren den ihren Lesern jedenfalls sehr zweideutigen Ausdruck stehen ließen, da sie sonst nicht ängstlich in dieser Beziehung zu sein pflegten.

Wenn ſolchergeſtalt weder innere noch äußere Gründe für den aus fr. 3 §. 2 comm. abgeleiteten Unterſchied hinſichtlich der Klagarten ſtichhaltig ſein dürften und man damit ſogar in einen ſchwer zu hebenden Widerſpruch mit fr. 3 de cond. tr. geräth, ſo ſcheint es in der That nothwendig, das fr. 3 §. 2 comm. von einem gar nicht hierher gehörenden Falle zu verſtehen.

Johannes Baſſianus († 1200) nahm an, daß es ſich auf die Frage beziehe, von welcher Zeit an die Früchte zu berechnen ſeien (Gloſſe zu fr. 22 de R. C.). Dieſer Annahme widerſprach aber ſchon ſein Schüler Azo († 1220) wegen des nur auf die Aeſtimation, nicht den Früchtebezug paſſenden Ausdrucks quanti res sit (eod.), und ob Accurſius demungeachtet billigt, hat ſie doch ſeit Bartolus († 1356) keinen Anhänger mehr gefunden. Das Wahre ſcheint Folgendes zu ſein: In Fällen, wo das ſchuldige Objekt untergegangen iſt, ſo jedoch, daß der Schuldner dadurch nicht liberirt wird, alſo ſich in Mora oder ſonſt in culpa befand, kann es in Ermangelung anderer Beweismittel geſchehen, daß der Richter dem Kläger den Werth der Sache zu beſchwören aufgibt. Daß dem Richter das Recht dazu bei iudiciis bonae fidei zuſteht, iſt bei deren freierer Natur nicht auffallend; daß es auch bei ſtrengen Klagen („et in actione str. iur.“) vorkommt, ſagt Marcian ausdrücklich in fr. 5 §. 4 de in lit. iur. Die Zeit der Werthbeſtimmung richtet ſich nach den ſonſt geltenden Regeln und kann daher allerdings auch die der Litiskonteſtation ſein. Dieſer Eid als ein aushilfliches Beweismittel quanti res sit iſt durchaus verſchieden von dem ſogenannten iuramentum in litem, bei welchem die Verurtheilung erfolgt quanti in litem iuratum fuerit. Der Verklagte konnte, zumal zu der Zeit, wo die Condemnation nicht auf Herausgabe der Sache ſelbſt, ſondern auf Geld lautete, durch abſichtliche Nichtreſtitution der Sache den Kläger zwingen, ihm dieſelbe zu verkaufen, inſofern derſelbe ein Mehreres als den wahren Werth der Sache nicht in Anſpruch nehmen durfte (fr. 25 §. 1 soluto matrimonio).

Ein ſehr zweckmäßiges Mittel wider ſolche Widerrechtlichkeit lag darin, dem Kläger ſelbſt zu geſtatten, eine Summe anzugeben, die er lieber verlieren, als in der angedeuteten Weiſe ſeine Sache entbehren wolle. Dieſe Summe muß der Kläger beſchwören (dem Calumnieneid ähnlich), und der Richter, welcher vorher allenfalls ein nicht zu überſchreitendes Maximum angeben darf, iſt an dieſe Schätzung des Intereſſes gebunden (fr. 4. §. 3 de in litem iur.), durch welche die contumacia des Verklagten mit beſtraft wird (fr. 8. ib.), ohne daß der Streitgegenſtand ſelbſt etwa einen höheren Werth erhielte (fr. 1. ib.). Dieſes ſ. g. iuramentum in litem kommt als ein reines Product der Aequität nur vor, wo es ſich um Reſtitution einer Sache handelt, und auch hier nicht bei ſolchen Klagen, bei welchen der Richter nach den ſtrengen Vorſchriften des Civilrechtes ohne eigenes Ermeſſen verfahren muß, alſo nicht bei str. iur. actionibus, ſondern nur, wie Marcian fr. 5. pr. ib. ſagt: In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur. — Der Schwörende iſt zwar dabei nur an ſein Gewiſſen gewieſen, der Richter aber, welcher ein Maximum angeben muß, über welches hinaus nicht geſchworen werden darf, hat dabei das Intereſſe des Klägers bis zur Condemnation ins Auge zu faſſen, eben weil durch dieſen umfaſſenderen Zeitraum, welcher der Schätzung zum Grund gelegt werden darf, der Verklagte veranlaßt werden ſoll, der Condemnation durch freiwillige Reſtitution vorzukommen. — Die actio commodati iſt eine auf Reſtitution gerichtete bonae fidei actio, und ſo kommt denn bei ihr, wie bei anderen bonae fidei iudiciis dieſer Art (similiter) vor, daß der Richter bei dem Maximum, daß er ſetzen darf, die Zeit der Condemnation im Auge haben kann, geſetzt auch, daß, wenn es ſich nur um Ermittelung des Werths handelte, wie bei str. iur. act., der Moment der Litisconteſtation entſcheidend wäre [17]). Ich halte das für

17) Daß quamvis ſoviel als etiamsi, geſetzt auch, bezeichnet, geht

den Sinn der fraglichen Stelle, in welcher mithin nicht einmal geſagt iſt, daß für stricti iuris actiones überall die Zeit der Litiscontestation entſcheide, ſondern nur, daß ſie da entſcheiden könne. Die str. iur. actio wird auch nur erwähnt weil bei ihr ein iurare quanti res est, nicht aber ein condemnari quanti in litem iuratum fuerit vorkommt, der Gegenſatz zu dem iuramentum in litem bei bonae fidei iudiciis, welches Gegenſtand der Stelle iſt, damit alſo am beſten hervorgehoben wird.

Dieſe Erklärung der Stelle, welche im Weſentlichen ſchon bei Bartolus vorkommt, würde vielleicht mehr Anhänger gefunden haben, wenn derſelbe nicht den Eid, welcher zum Nothbehelf des Erweiſes des Sachwerths überall und auch bei str. iur. actionibus vorkommt, ebenwohl für ein iuramentum in litem angeſehen und, nur mit der unterſcheidenden Bezeichnung „veritatis“ dem eigentlichen iuramentum in litem, welches er affectionis nennt, als gleicher Natur an die Seite geſetzt hätte, was allerdings irrig iſt, womit aber noch nicht die ganze Erklärung als irrig wegfällt, wie Faber conj. XVI. 1. anzunehmen ſcheint, da ſeine Deduction nur gegen jenen Irrthum gerichtet iſt. Man hat weiter dafür, daß bei bonae fidei actionibus das tempus condemnationis entſcheide, ſich berufen auf: Fr. 3. §. 3 de act. emti et vend. Pomponius lib. 9. ad Sabinum. Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur, item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.

Daß aber der Ausdruck in condemnationem deducere gerade von der Faſſung der Condemnationsformel gebraucht werde, ergibt nicht nur die Analogie mit dem oft vorkommenden in iudicium deducere, ſondern insbeſondere das fr. 2. pr. de exceptionibus, welches die exceptio folgender Ma-

z. B. aus Cic. ep. ad div. VII. 3. i. f. Si me audissent, quamvis iniqua pace, honeste tamen viverent. ad Attic. XVI. 7. Quamvis non fueris suasor et impulsor profectionis meae, approbator certe fuisti, hervor. Cf. Horatii Tursellini de particulis libell. s. v. quamvis.

ßen definirt: Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. Intentio iſt offenbar der Theil der Formel, und dem analog condemnatio der Schlußſatz derſelben (Gai. IV. 41. 43). Das deducere in condemnationem bezeichnet alſo das Aufnehmen in die Condemnationsformel, folgeweiſe die Zeit der Litisconteſtation, wonach die Stelle ganz im Einklange ſteht mit dem fr. 22. de RC. und den oben hinſichtlich der vertretbaren Sachen aufgeſtellten Grundſätzen [18]). Bedenklicher ſcheint: Fr. 2. §. 3. de delict. priv. Ulpian. lib. 43. ad Sabin [19]). Verſteht man unter der letzteren Bezeichnung die Zeit der Litisconteſtation, wie denn allerdings dieſe üblicher Weiſe auf Seiten des Beklagten durch iudicium accipere oder suscipere bezeichnet wird (Savigny Syſt. VI 12.), ſo widerſpricht die Stelle dem oben mitgetheilten fr. 8. §. 1 de cond. furt. und den Anſichten aller Rechtslehrer, die nicht (cf. Note 12) bei str. iur. act. ohne Ausnahme. das tempus litiscontestationis entſcheiden laſſen. Cujacius (ad fr. 59. de V. O.) unterſtellt mit Stephanus den mit nichts angedeuteten Fall, daß der Werth zur Zeit der That und der Litisconteſtation derſelbe ſei, Savigny VI. 212. nimmt an, daß Ulpian nur die Worte des Pomponius referire und eine Controverſe exiſtirt habe. — Die Stelle hat die Frage zum Gegenſtand, ob neben der condictio furtiva auch die actio legis Aquiliae concurrire. Grundſatz für Concurrenz der Klagen iſt, daß ſie ſtattfinde, inſoweit beide Klagen ein verſchiedenes Object verfolgen. Hinſichtlich der beiden Klagen iſt das inſofern der Fall, als die Actio legis

18) Cf. Donell. ad fr. XX. de R. C. u. ad. fr. 59. de V. O. nr. 5.

19) Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an nihilominus ex lege Aquilia agi possit. Et scripsit Pomponius agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius ex causa furtiva. Namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus.

Aquiliae nach poſitiver Vorſchrift den Werth aus einem Zeitraum befaßt, der für alle anderen Delictsklagen ganz unerheblich iſt, nämlich aus dem Zeitraum nicht vor der Klage, ſondern ſogar vor der Klagbarkeit, vor dem Factum, welches die Forderung eines Erſatzes überhaupt erſt begründete und vor welchem Niemand gezwungen wird, ſich auf einen Proceß einzulaſſen (cogitur, compellitur iudicium accipere cf. fr. 7. de aqua et aqua pluv. arc. fr. 3. de iud. fr. 18. iudicatium solvi). Pomponius oder Ulpianus, der dieſe Differenz hervorheben will, nimmt auf die Eigenthümlichkeit der actio ex lege Aquilia ausdrücklich Bezug und wählt einen Ausdruck: iudicium accipiendum, der, wenn er auch auf die Litisconteſtation bezogen werden kann, an und für ſich doch gerade die Klagbarkeit ausdrückt und im Zuſammenhange am Wenigſten ein Mißverſtändniß befürchten ließ, wenn man den ſonſt überall vorkommenden Satz der Werthberechnung nach der Zeit des Delicts als den Juriſten ſeiner Zeit geläufig vorausſetzt, wozu der Autor wahrſcheinlich allen Grund hatte. Die Antwort des Pomponius iſt dann etwa folgende:

Die Concurrenz kann allerdings ſtattfinden, weil beide Klagen einen verſchieden zu berechnenden Werthbetrag zum Gegenſtand, alſo verſchiedene Objecte haben. Die Aquiliſche Klage umfaßt nämlich ſchlechthin den höchſten Werth im Jahr, während die condictio wenigſtens nicht über den Moment der Klagbarkeit hinaus geht.

So iſt die Stelle ſchon von Accurſius (Gloſſe ad h. l.) und ſeither von den Praktikern verſtanden worden (cf. Glück Comm. XIII. 236.) und dieſer Erklärung wohl mit Unrecht von Faber conj. XVI. II. der Vorwurf gemacht, daß ſie vorausſetze, der Zeitpunkt der Litisconteſtation und des Delicts könne jemals ein und derſelbe ſein.

Der letzte Einwurf, wider welchen wir unſere Theorie zu vertheidigen haben, iſt, daß nicht der höchſte Werth während der Periode der Mora, ſondern alternativ der Werth entweder zur Zeit des Eintritts der Mora oder der Litiscon-

teſtation reſp. Condemnation entſcheide und davon nur in odium furis bei der condictio furtiva eine Ausnahme gemacht werde [20]). Denn außerdem würden die Geſetzſtellen, die nur einen Zeitpunkt (z. B. den der verabredeten Zahlung oder der Litisconteſtation, der Condemnation), oder alternativ zwei aufführten, in ihrer Faſſung gar nicht zu begreifen ſein. — Nach der oben vorgekommenen Entwickelung muß ich annehmen, daß für vertretbare Sachen immer ausſchließend der Tag der verabredeten Zahlung oder der Litisconteſtation, für species dagegen der Moment entſcheide, wo während der Mora der Werth der höchſte war. Man beruft ſich gegentheiliger Seits hauptſächlich auf das fr. 3. §. 3 de act. emti vend. (oben S. 262). Die Stelle bezieht

20) Bartolus z. fr. 22. de R. C. lehrt: Dic breviter, quod tempore morae considerabitur, quanti plurimi fuit in omnibus rebus et omnibus contractibus bonae fidei vel stricti iuris. Zaſius, deſſen commentirende Vorleſung, wie die darin vorkommende Erwähnung der Belagerung von Münſter als gleichzeitig ergibt, aus dem Jahr 1535 (ſeinem Todesjahre) iſt, iſt noch der Meinung des Bartolus (Vide quomodo aestimationem semper reducimus ad tempus morae opp. I. p. 332). Alciats Comm. de reb. cred., 1538 erſchienen, ſtellt zuerſt den neuen Satz auf. Cujacius iſt ſich nicht gleich; im tract. zu African 1573 (z. fr. 37. mand. I. 1513) iſt er der Alciatiſchen, in den 1588 gehaltenen Vorleſungen (z. fr. 3. §. 3. de act. emti et vend. VII. 780.) der Bartolus'ſchen Anſicht. Donell ſagt comm. de iure civ. XVI. 3. §. 6. hinſichtlich der Species: scilicet ut ibi tanti lis aestimetur, quanti plurimi res fuit post moram. — Ad tempus morae sic accipe, non ad unum aliquod puta quo primum mora fieri coepit, aut ad aliquod ex iis, quae postea secuta sint, sed ad omne, ex quo mora facta est, ut spectetur id, quo unquam plurimi res fuit et ad id redigatur aestimatio, quae scilicet deinde praestetur. Der Anſicht von Alciat ſind Barclay († 1605) Faber, († 1624) Oſius Aurelius († 1657), Cheſius († 1605) und in neuerer Zeit wieder Wening, Schweppe, Unterholzner, Savigny; der entgegengeſetzten Magnus (Schüler des Cujacius † 1625), die Niederländer Vinnius, Huber, Voet, die Praktiker Struv, Brunnemann, Stryk, Leyſer, Cocceji, J. H. Böhmer, Hellfeld, und unter den Neueren Glück, Thibaut, Mühlenbruch, Puchta, Buchka (Einfluß des Prozeſſes).

ſich auf Wein, müßte alſo von den beiden ſich ausſchließenden Momenten, dem verabredeten Zahlungstage oder der Litisconteſtation verſtanden werden. Dieß ſetzt voraus, daß von den beiden in der Stelle genannten Zeitpunkten einer der Tag der verabredeten Zahlung, der andere der der Litisconteſtation ſei. Das letztere iſt ſchon oben erwieſen. Daß ſodann das quo venit nicht die Contractszeit, ſondern die Zeit der Lieferung bedeuten müſſe, darüber läßt die Vergleichung mit dem Zahlungsort keinen Zweifel. Als ſolcher gilt immer der Ort, nicht wo contrahirt iſt, ſondern wohin geliefert werden ſoll, ſo daß das quo venit am Schluſſe nur heißen kann, wohin verkauft iſt (cf. §. 4. ib. fr. 3. de reb. auct. iud. poss.). Es läßt ſich daraus ſchließen, daß auch vorher, wo von der Zeit die Rede iſt, darunter die Lieferungszeit verſtanden wurde. Im Grund iſt dieß auch von Allen anerkannt, denn ſelbſt die Anhänger der Alciatiſchen Anſicht ſetzen voraus, daß die Ablieferung auf der Stelle gefordert worden ſei, die Zeit des Contracts alſo mit der Mora zuſammenfalle (Savigny Syſt. VI. 210.) d. h. daß unter den Contrahenten der Augenblick des Contractsabſchluſſes auch als Zahlungsmoment wenigſtens ſtillſchweigend vereinbart ſei, dieſer Moment iſt immer ausſchließend nach Aller einſtimmiger Anſicht; er müßte es alſo auch hier ſein, ſelbſt wenn er mit dem Contractsabſchluß zuſammenfällt. Damit würde denn die Wahl wegfallen und „uter tempore“ könnte nicht heißen: nach Wahl an welchem von beiden Zeitpunkten. Aehnlich heißt es im Edict des Prätors: Si uter volet, recuperatores dabo (Cic. in Verrem II. 35.) „wenn Einer von Beiden.“ Allerdings drückt aber uter noch den Nebenbegriff aus, wonach es als unerheblich dahin geſtellt bleibt, welcher dieſer Eine von Beiden iſt. So aufgefaßt würde die Stelle etwa den Sinn haben:

Bei der Verzögerung der Tradition Seitens des Verkäufers des Weins findet die Verurtheilung, an welchem (oder ob an einem) der beiden Momente auch der Preis des Weines höher geweſen iſt, ſtatt entweder nach dem ver-

abredeten Lieferungstag oder dem der Litiscontestation, und eben so, einerlei welchen Orts der Wein höher stand, entweder nach dem verabredeten Lieferungsort oder dem Klagort.

Deutlicher noch ergibt sich dieser Sinn aus fr. 21. §. 3. ib. (oben S. 114.). Dort wird ausdrücklich die Wahl zwischen dem verabredeten Tag und dem der Litiscontestation ausgeschlossen. Denn der Jurist sagt ausdrücklich: Nec maior fit obligatio quod tardius agitur, also die ein Mal bestehende Verbindlichkeit zum Ersatz desjenigen Werthes, welchen der Waizen am verabredeten Lieferungstage gehabt habe, werde nicht vergrößert durch etwaige Verschiebung des Momentes quo agitur, d. h. der Litiscontestation, möge auch der Werth nun ein höherer sein. Daß fr. 37. mand. und fr. 3. de cond. trit. nicht für die gegentheilige Ansicht beweisen, ergibt sich aus der oben versuchten Erklärung beider Stellen. Positiv spricht aber für die diesseits adoptirte Ansicht das fr. 8. §. 1 de cond. furt. welches man nur durch Unterstellung einer Singularität entfernen kann, die, wie oben gezeigt sein dürfte, durchaus nicht vorliegt.

XI.

Die neuesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung und der Gerichtsverfassung und die Grundrichtung derselben.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. VI. im vorigen Hefte.)

§. 5.

Nothwendigkeit von Einrichtungen, welche die schnellste und wohlfeilste Rechtshülfe in gewissen Streitfällen sichern. Verhältniß der Einzelnrichter zu Collegialgerichten.

Unsere bisherigen Ausführungen bezogen sich auf das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchem